<u>Dissertation</u>: **Le prix dans les différents contrats spéciaux**

Selon la formule du doyen Carbonnier, la question de la détermination de l'objet dans le contrat était longtemps restée « *un îlot de paix* »; cette question s'étant posée par la suite quant au prix à partir des années 1970, face au développement de plus en plus accru des contrats spéciaux.
Il est étonnant de voir que le code civil ne consacre pas véritablement de théorie générale du prix: en effet aucun texte ne pose l'exigence d'un prix en droit commun des contrats celle-ci étant mentionnée pour certains contrats spéciaux (bail, contrat d'entreprise..), quant aux autres contrats, aucune disposition relative au droit commun des contrats ne traite explicitement de cette question, ce qui a engendré une abondante jurisprudence face à ces lacune.
Depuis les arrêts de 1995 "*l'article 1129 n'est pas applicable à la détermination du prix*" et cela s'applique à tous les contrats de droit commun.
Par cette formule l'assemblée plénière de la Cour de cassation a donc renforcé la disparité des solutions sur la question du prix dans les contrats. Cette rupture engendra le fait que désormais la cour de cassation se réfère aux théories des contrats spéciaux en tant que source des règles applicables: la question du prix s'est donc retrouvée relégué par la suite au sein du droit des contrats spéciaux.
Cependant l'évolution de la matière et les multitude de casuistiques entraînèrent une disparité de l'ensemble des règles relatives à la question du prix dans les différents contrats spéciaux . En effet il est utile de rappeler que les contrats spéciaux sont des contrats nommés qui font l'objet d'une propre réglementation par le législateur utile à l'ensemble de leur régime; c'est pour cela que les exigences relatives au prix- qui est la somme monétaire due en échange d'un service, d'un bien ou d'une prestation- en droit des contrats spéciaux vont différées en fonction des contrats étant donné qu'ils ont chacun une réglementation particulière. Dès lors l'enjeu du prix dans les différents contrats spéciaux apparaît: comment pouvoir créer une unité du régime des contrats spéciaux, en l'espèce relative au prix, si chacun de ces contrats font l'objet d'une réglementation différente aussi bien dans les textes que dans les solutions jurisprudentielles ? En effet il n'y a pas de solutions communes à l'ensemble des contrats c'est donc dans chaque contrats spéciaux qu'il faut puiser la solution- il convient de remarquer qu'aujourd'hui, comme il n'y a pas d'unité de pensée sur la question, des projets de réformes du droit des obligation et du droit des contrats élaboré par la Chancellerie sont en cours.
Il faudra donc étudier les différentes manières dont se pose la question du prix dans les différents contrats spéciaux.
Tout cela nous amène à nous demander dans quelles mesures peut-il exister ou non une théorie générale du prix dans les différents contrats spéciaux?
Nous verrons que l'éclatement des solutions relatives au prix en fonction des contrats, fait que désormais dans les contrats spéciaux, le prix a une incidence différente selon les cas, aussi bien dans sa fonction (I), sa détermination, sa fixation voir son contrôle(II).

I/ La fonction du prix dans les différents contrats spéciaux

L'exigence du prix dans les contrats spéciaux dépend de la qualification du contrat, il n'a donc pas toujours la même fonction: dans certains cas, le prix va permettre d'identifier sa qualification (A), dans d'autre cas c' est son absence qui va permette de le qualifier; à certains égards le prix influera sur son régime (B) sans être spécialement un élément nécessaire à sa qualification.

<u>A. Le prix: un élément essentiel à la qualification de certains contrats spéciaux</u>

Dans certains cas le prix a pour fonction de permettre la qualification du contrat.
En effet dans un certains nombre d'hypothèse la question de l'exigence d'un prix

est directement lié à la nature du contrat qui est en cause: l'exigence du prix va donc être un élément de sa qualification ou bien encore l'absence de prix va être un élément de sa qualification. Autrement dit le prix joue un rôle déterminant dans la recherche des éléments essentiels du contrat spécial.
Dans le premier cas où le prix est indispensable à la qualification du contrat, on est en présence de contrats qui sont essentiellement à titre onéreux: c'est le cas de la vente, du contrat d'entreprise ou encore du bail.
En ce qui concerne le contrat d'entreprise, à partir de la définition de l'article 1710, il est admis que ce contrat est par essence un contrat a titre onéreux et "*qu'il n'existe pas de contrat d'entreprise gratuit*" (Arrêt du 24 septembre 1992 concernant des travaux forestiers). En effet le prix est un élément essentiel de sa qualification: le contrat d'entreprise doit comporter un prix et en l'absence de ce dernier il pourra être requalifier en contrat de services gratuits -qui est en fait le contrat d'assistance. L'élément nécessaire à sa qualification réside en fait dans sa rémunération. Autrement dit la rémunération est de l'essence du contrat d'entreprise sans laquelle il ne peut prétendre à une telle qualification.
L'article 1582 définit le contrat de vente comme étant *la convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, l'autre à payer;* sans le paiement d'un prix le contrat ne peut recevoir la qualification de vente: ce prix consiste en le versement d'une somme d'argent: c'est en cela que la vente se distingue des autres contrats; en effet en l'absence de prix le contrat pourra être requalifié en échange si la contrepartie consiste en un autre bien, ou en une donation s'il n' y aucune contre partie. En matière de vente, le prix nécessaire à la qualification du contrat implique certaines exigences: en effet l'exigence d'un prix signifie que le transfert de propriété ne peut se faire en l'échange d'une obligation de faire (arrêt du 12 octobre 1967), à coté de cela le prix doit être sérieux ("*la vente consentie sans prix sérieux est affectée d'une nullité absolue*": arrêt du 23 octobre 2007) de même qu'il ne doit pas être simulé(dissimuler derrière une donation par exemple). En effet l'on comprend bien que ces exigences doivent être respectées si le prix est un élément essentiel à la qualification du contrat de vente. Nous verrons par la suite que ce prix doit être déterminé.
En ce qui concerne le bail, lui aussi est un contrat a titre onéreux, il n'y a donc pas de bail sans prix cependant contrairement à la vente ce n'est pas forcement le transfert de la somme d'argent qui va déterminer la qualification du contrat: en effet bien que le loyer se fasse en somme monétaire, le prix peut avoir une nature différente et consister en un transfert de chose(cas du métayage) ou même en contrat de fourniture de service (arrêt du 17 mars 1975).
A travers ces principaux contrats spéciaux dont le prix est un élément essentiel à leur qualification, il existe des cas où c'est l'absence de prix qui va avoir pour fonction de qualifier le contrat. Si ce n'est pas le cas, le prix influera tout de même sur le régime du contrat en cause.

B. L'absence ou l'influence du prix au sein des contrats spéciaux

Dans l'hypothèse suivante l' absence de prix va être nécessaire à la qualification du contrat. Dans d'autres cas même si le prix n'a pas une incidence directe sur la qualification du contrat spécial il influera quand même sur son régime.
En ce qui concerne l'absence de prix il y en effet un certain nombre de cas où cette absence participe de l'essence même du contrat: ce sont des contrats essentiellement gratuit, de sorte que la stipulation d'un prix impliquera ici leur requalification.
La donation est un contrat essentiellement à titre gratuit car c'est l'intention libérale qui participe de la qualification du contrat; toute stipulation de prix pourrait entraîner la requalification de ce contrat en contrat de vente. Il en est de même en ce qui concerne le prêt à usage: d'après l'article 1876 il est essentiellement à titre gratuit. En effet on le conçoit comme un "service d'ami' c'est pour cela que la gratuité est de son essence. En effet dés lors que le prêteur serait intéressé en concluent cette opération de prêt, le régime du prêt à usage n'aurait plus de sens car c'est la gratuité qui commande

le régime: l'absence de prix est donc fondamental .Les parties peuvent cependant prévoir un prix mais à ce moment là, la qualification du contrat va changer et il deviendra un contrat de dépôt: en effet d'après l'article 1915 du code civil le dépôt est en général l'acte par lequel on reçoit une chose d'autrui à charge de la garder et de la restituer: la restitution est donc de l'essence du dépôt.
En effet le dépôt comme le mandat sont des contrats spéciaux dont l'exigence d'un prix ou son absence ne participe pas de l'essence du contrat. Dans cette hypothèse le prix n'est pas un élément essentiel à la qualification du contrat c'est à dire que peu importe que le contrat comporte un prix ou non, il conservera sa nature: le prix devient alors un élément naturel au contrat; autrement dit le prix devient un élément supplétif de volonté: il ne va prévaloir que si les parties au contrat ne l'ont pas écarté. La stipulation d'un prix dans le dépôt ou le mandat ne va pas entraîner leur requalification, ces contrats peuvent ainsi conserver leur essence. Il faut souligner ici que les termes de l'article 1917 du code civil sont trompeurs car il dispose que le dépôt est un contrat essentiellement gratuit, or la gratuité n'est pas de l'essence de ce contrat car il peut être à titre onéreux: c'est le cas du dépôt salarié qui reste un contrat de dépôt mais avec un prix. C'est un mandat rémunéré mais cette rémunération n'empêche pas la formation du contrat de mandat.
En somme il y a des cas ou la stipulation du prix est indifférente à la qualification du contrat: en revanche cela veut pas dire que le prix n'a plus aucune fonction au sein de ces contrats.
En effet ce prix pourra influer sur le régime du contrat en cause: Toujours dans le dépôt, malgré que le prix, comme nous l'avons vu, n'est pas un élément essentiel du contrat, cependant ce dernier à des conséquences sur son régime: en effet l'article 1928 dispose que l'article 1927 doit "*être appliqué avec plus de rigueur [...]s'il a stipulé un salaire pour la garde du dépôt"* : l'obligation du dépositaire se retrouve donc ici renforcé lorsqu'il y a eu la stipulation d'un prix: sa faute sera donc considérée ici *in abstracto* alors que quand il n'y a pas de prix stipulé la faute est appréciée *in concreto*.

A travers cette partie nous voyons bien que l'incidence du prix dans les différents contrats spéciaux n'est pas sans conséquences: en effet en fonction de la nature du contrat le prix aura une incidence sur sa qualification voir sur son régime.
Après avoir déterminer le rôle du prix dans les différents contrats spéciaux il convient de voir son application; Indépendamment de la qualification de l'acte la question qui va se pose sera de savoir si le prix doit être fixer ou déterminé pour la formation du contrat ou s'il peut être fixé en cour de son exécution ? Nous verrons en effet que ce n'est pas parce que le prix est de l'essence du contrat qu'il ne peut pas être fixer au cours de sa vie. A coté de cela nous verrons quel type de contrôle le juge peut exercer sur le prix d'un contrat.

II/ De la détermination au contrôle du prix dans les contrats spéciaux: du pouvoir des parties au pouvoir du juge

A travers l'exigence de la détermination du prix dans les différents contrats spéciaux nous pourront voir l'existence de solutions bien disparates quant à la détermination et la fixation du prix par les parties (A). Ceci nous amène a voir si le juge à le pouvoir de contrôler le prix fixé (B) par les parties ou si encore il peut le faire lui même.

A. La détermination et la fixation du prix dans les différents contrats spéciaux: la diversité des modalités

La question de la détermination du prix n'est pas résolue dans la théorie générale et c'est donc à la jurisprudence qu'il faut se référer pour rendre comte de cette question. Sans s'attarder particulièrement sur les régimes de chaque contrats spéciaux, nous verrons surtout que la détermination du prix s'applique différemment en fonction des contrats ce qui a conduit à une multiplicité de solutions et donc à un éclatement du régime des contrats spéciaux. Nous observerons

que dans certains contrats le prix doit être déterminé sans devoir l'être pour d'autre.
Tout d'abord en ce qui concerne la vente, ce contrat est l'archétype ce ceux qui exigent la détermination du prix ou la déterminabilité pour que le contrat soit valablement formé. D'après l'article 1591 *"le prix doit être déterminé et désigné par les parties"* . Il n' y a donc pas de formation de ce contrat sans l'accord des parties non seulement sur la chose mais aussi sur le prix. Le prix ne peut donc pas être déterminé en cour d'exécution du contrat. En effet le prix doit être déterminé dans le contrat ou déterminable indépendamment de la volonté des parties c'est à dire que le prix peut dépendre d'éléments extérieures, c'est en cela qu'il est déterminable mais indépendamment de la volonté "*ni de l'un ni de l'autre des parties"* : c'est une solution ancienne de l'arrêt du 7 janvier 1925. Il n'y aura pas de vente si le contrat stipule que le prix sera fixé ultérieurement par les parties car on serait simplement dans ce cas, en phase de pourparlers. L'article 1591 parait donc aujourd'hui comme une exception à la règle du revirement de jurisprudence des arrêts du 1er décembre 1995: comme l'article 1129 ne s'applique plus à la détermination du prix du contrat, l'indétermination du prix n'entraîne plus sa nullité, sauf disposition légale particulière en l'occurrence pour la vente.
La vente réclame en effet que le prix soit fixé d'un commun accord, indépendamment de la volonté unilatérale d'une des parties : cette solution peu opportune fait que la jurisprudence a assouplit les exigences en permettant de prendre en comte des éléments ultérieures: par exemple dans une cession d'action il peut être utile de prévoir un complément de prix en fonction d'éléments qu'on ne connaîtra que postérieurement. Rappelons que le prix de la vente peut être fixé par un tiers qui est un expert: il va imposer un prix aux parties auxquels il est indépendant, le contrat ne pourra se former que si les indications fournies à l'expert par les parties sont obscures.
Par opposition au contrat de vente, le contrat d'entreprise peut se former valablement sans que le prix soit déterminé préalablement par les parties malgré qu'il soit un élément essentiel de ce contrat; Ceci est affirmé par une jurisprudence constante de la cour de cassation. Cette solution a été admise dans un arrêt du 17 décembre 1997 qui nous dit que "*le louage ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre moyennant un prix convenue entre elles"*. En réalité le prix pourra être fixé par l'une des parties qui est le créancier du prix. Le prix est un élément essentiel mais un accord préalable sur le montant de la rémunération n'est pas un élément essentiel de ce contrat (Arrêt du 24 novembre 1993). En somme ce contrat se forme sans que le prix soit déterminé ou déterminable à l'inverse de la vente car il est souvent difficile d'évaluer à l'avance l'ampleur ou l'importance de la prestation qui sera accomplie de sorte qu'il est plus judicieux en pratique d'attendre l'exécution du contrat pour fixer le prix.
En ce qui concerne la détermination du prix dans le contrat de bail la jurisprudence reste indécise: d'après un arrêt du 4 mars 2008 le bail suit les modalités de la vente : "*la conclusion d'un bail commercial suppose l'accord des parties sur la chose et le prix du loyer*"; la solution vise toujours la bail commercial soumis à des règles spéciales ce qui pourrait en relativiser la portée, mais le visa se referant à l'article 1709 du code civil laisse entendre que l'exigence serait celle de tous les baux. Le prix est ici nécessaire à la formation du contrat.
En matière de prêt depuis le revirement de jurisprudence de 1995, *« le taux d'intérêt convenue pourrait varier en fonction de l'évaluation du taux de base de la banque »*(arrêt du 9 juillet 1996). La même solution est applicable à l'ouverture de crédit renouvelable.
Désormais le taux d'intérêt n' a pas à être déterminé ou déterminable au moment de la formation du contrat comme la cour de cassation l'exigeait avant le revirement de jurisprudence.
En ce qui concerne le mandat, quand celui ci est présumé salarié (arrêt du 16 juin 1998), il peut valablement se former sans que l'on est fixé ab initio le prix des honoraires.
« La disparité des solutions s'expliquent donc au cas par cas en fonction de considération d'opportunité » selon le professeur Molfessis. A cela s'ajoute des considérations pratiques afin de ne pas figer le prix et répondre aux besoins appropriés à un moment donné.
Reste à voir le pouvoir que possède le juge en matière de contrôle du prix dans les différents contrats spéciaux.

<u>B. De la fixation par les parties au contrôle du prix par le juge</u>

La question qui va se poser ici sera de savoir qui peut fixer le prix dans le contrat et comment ce dernier va faire l'objet d'un contrôle par le juge?
Il va falloir distinguer deux situations: celle où le prix a été discuté initialement et celle où le prix est fixé unilatéralement en cour d'exécution du contrat.
Il y a plusieurs enjeux relatifs à la question du contrôle du prix: en effet il y a celui de la protection du fait (cas du consumérisme), celui de l'intérêt général et surtout la question du libre jeu du marché qui réclame que le prix puisse être fixé de façon transparente par le libre jeu de l'offre et de la demande. Le contrôle du prix par le juge doit donc être encadré.
Dans le cas ou le prix est fixé initialement par les parties pour que le contrat soit valablement conclu, le rôle du juge est mineur . En effet c'est le cas du contrat de vente où le prix est nécessaire à la formation du contrat, les parties ont donc convenue d'un prix déterminé ou déterminable: en l'espèce la liberté contractuelle va s'exprimer et en principe le juge n'a pas à exercer de contrôle sur l'équilibre économique du contrat. Cependant il y a des cas où le prix d'une vente peut faire l'objet d'un contrôle par le juge: c'est la question de la lésion dans la vente; le juge va sanctionner ici le prix excessif ou dérisoire. En effet le prix dans une vente doit être sérieux sans quoi le contrat est privé de cause ou d'objet; dans certains cas la loi interdit la lésion c'est à dire le déséquilibre subjectif entre le prix et la valeur de la chose (cas de la vente d'immeuble ou la lésion est sanctionnée si le déséquilibre est de plus de 7/12ème : article 1674 du code civil). Dans les cas où le prix est fixé unilatéralement et n'est pas un élément nécessaire à la formation de l'acte, le juge va exercer un contrôle afin de protéger celui dont la volonté ne s'est pas exprimée.
En effet la où le contrat est resté silencieux sur la détermination de son prix le juge sera appelé a fixé un prix juste mais là ou le contrat a envisagé qu'une partie seulement fixerait le prix, le juge va le contrôler afin de sanctionner un éventuel abus: dans ce cas il pourra imposer un prix juste. Autrement dit, on conçoit largement que lorsque l'une des parties a le pouvoir de fixer le prix unilatéralement, que le juge puisse se voir doter de pouvoir de contrôle sur le prix, pour ne pas voir la volonté unilatérale d'une partie s'imposer au risque de l'excès.
En ce qui concerne le contrat d'entreprise ou de mandat, le prix peut être fixé au cour de l'exécution du contrat et par le pouvoir de la volonté unilatérale de l'une des parties: on voit bien ici qu'il y a un risque de déséquilibre dans le contrat car les parties peuvent très bien ne pas s'être entendues d'avance sur le prix à payer. Dans ce type de contrat qui se forme sans détermination du prix *ab initio*, il y a plusieurs schémas possibles qui obligent à s'interroger sur les modalités de contrôle du prix par le juge: en effet il y a des cas où les parties se sont entendues d'avance sur un forfait (un prix global): dans ce cas, bien que le prix ait été stipulé à la formation du contrat, il peut apparaître excessif ou ne pas correspondre au service rendue. Dans d'autres cas les partie peuvent s'être entendues sur le prix une fois le service rendu cependant elles ne pourraient ne pas s'entendre sur le prix que l'une imposeraient à l'autre. Un dernier cas peut concerner le fait que les parties ne s'entendent pas et que l'une des parties réclame à l'autre le prix aux risques de créer un désaccord entre eux. Dans ces hypothèses il faut se demander comment le juge pourra contrôler ou réviser le prix et sous quelles conditions ?
Comme nous l'avons vu, le juge dispose d'un pouvoir important quand le prix a été fixé unilatéralement par l'une des parties afin de contrer l'abus. C'est ce risque d'abus que systématisent les arrêts du 1er décembre 1995 quand ils évoquent l'abus dans la détermination du prix.
Donc le juge va tenir comte va tenir comte de l'absence de détermination du prix à la formation du contrat pour fixer le prix en fonction du service rendue et du travail accomplie. Les règles de contrôle par le juge en matière de contrat d'entreprise vont variées selon son type: ainsi l'article 1793 du code civil prévoit que l'architecte peut demander une augmentation du prix, et la cour de cassation dans l'arrêt du 20 novembre 2002 ajoute que "*la clause d'un marché à forfait qui prévoirait la révisons du prix en cas de modifications des conditions économiques pourrait être mise en oeuvre mais qu'en l'absence d'une telle clause les circonstances imprévisibles ne sont pas de nature à entraîner la modification forfaitaire du contrat"*.
Il est donc évident que la nature même du contrat d'entreprise influe sur la possibilité pour le juge

d'en réviser le prix.
On comprend bien également la recrudescence d'intervention du juge en matière de fixation des honoraires de divers professionnels: par exemple quand l'avocat sollicite des honoraires disproportionnées par rapport à la nature de l'affaire, la Cour de cassation considère que le juge a le pouvoir de réduire les honoraires en cause en vertu de l'article 1134 du code civil où les convention doivent être conclues de bonne foi. A contrario si le prix des honoraires est fixé après le service rendue, alors le client débiteur ne peut demander la réduction desdits honoraires car il s'est engagé en connaissance de cause; le juge ne pourrait donc réviser le prix car il est censé apprécier souverainement l'intention des parties.
En somme le juge dispose par principe d'un pouvoir de contrôle du prix qui va dépendre tout de même de l'existence de stipulations particulières dans le contrat: c'est le cas de la stipulation d'un prix forfaitaire. Cela peut dépendre aussi des circonstances de la cause une fois le service fait (cas du mandat).
C'est donc la lutte contre la disproportion dans les contrats spéciaux, le combat pour une égalité des parties dans les conventions afin de prévenir tout abus qui justifient l'intervention du contrôle du juge au sein des contrats spéciaux.